DER DINGLICHE VERTRAG ZU RECHTEN DRITTER.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt der Hohen Juristischen Fakultät

der

Philippsuniversität zu Marburg

von

Walther Eckhardt
Referendar in Bad Homburg.

Marburg 1928
Buchdruckerei Bavaria G. m. b H., Würzburg.

Als Dissertation von der Juristischen Fakultät angenommen
am 7. Mai 1928.

Berichterstatter: Prof. Dr. iur. Dr. phil. Dr. rer. pol. h. c. Erich Jung.



Meinem lieben Onkel
Wilhelm Wassmann in Lugano
dankbar zugeeignet.

Inhalts-Verzeichnis.

I. Fragestellung.

II. Vertrag zugunsten Dritter und Stellvertretung.
   1. Die fremdwirkenden Rechtsgeschäfte.
   2. Notwendigkeit reinlicher Grenzziehung zwischen Stellvertretung und V. z. Dr.
   3. Unzutreffende Unterscheidungen.
   4. Versuch einer Abgrenzung.
   5. Zweifelsfälle.
   6. Die irrtümliche Auslegung des § 164 II BGB.

III. Der dingliche Vertrag zugunsten Dritter nach gesetztem Recht.
   1. Denkbarkeit.
   2. Der V. z. Dr. als „allgemeiner Rechtsgedanke."
   3. Die Stellungnahme des Gesetzes.
      a) formalistische Bedenken.
      b) unzulängliche Beweismittel.
      c) die Einigung z. Dr. im Besitzrecht und
      d) bei der Begründung von Sicherungsrechten.

IV. Das Bedürfnis nach dinglichen Verträgen zu fremden Gunsten.
   1. „Doppelheit der Rechtsordnung."
   2. Die Frage eines bedürfniserweisenden Unterschieds zwischen den Rechtswirkungen der Stellvertretung und des V. z. Dr.
      a) Irrtümliche Folgerungen: noch einmal die Auslegung des § 164 II BGB,
      b) Der Wirkungsausgleich von vollmachtloser Vertretung und V. z. Dr.
      c) Besonderheiten der Sicherungsrechte.
   3. Die Frage des Bedürfnisses und die Auslegung des Einzelfalles.

Literatur-Verzeichnis.

Baumgarten, Artur: Die Wissenschaft vom Recht, Bd. II und III 1922.
Beseler, Georg: System des deutschen Privatrechts, 4. Aufl. 1884.
Beseler, Gerhard von: Zwangsvertretung, Deutsche Jur.-Ztg. 1912, Seite 894 ff.
Biermann, Johannes: Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil 1908.
Biermann: Kommentar zum Sachenrecht (Heymann), 3. Aufl. 1914.
Binder: Besprechung v. Schlossmann, L. v. d. Stellvertretung, Kritische Viert. Schrift 46 (1905), S. 357 ff.
Böhler: Bestellung einer Kaufpreishypothek z. Dr. Badische Rechtspraxis 1908, S. 211 ff.
Brach: Zu § 164 II BGB., Recht 1901, S. 558.
Brodmann vgl. Planck.
Bruns, Viktor: Besitzerwerb durch Interessenvertreter 1910.
Bruck: Die Einigung im Sachenrecht des BGB. 1900.
Cohen: Die Verträge zugunsten Dritter, Diss. Rostock 1891.
Cosack-Mitteis: Lehrbuch des bürgerl. Rechts I, 8. Aufl. 1927; II, 1, 7 u. 8. Aufl. 1924.
Crome: System des bürgerl. Rechts II 1902.
Danz: Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl. 1911.
David: Stellvertretung ohne Kundgebung des Vertretungswillens. Recht 1901, S. 506 ff.
Dernburg: Das bürgerl. Recht des deutschen Reiches und Preussens I. 3. Aufl. 1906.
Draganesco: Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertreter nach röm. und bürg. Recht 1916.
Eck: Vorträge über das bürgerl. Recht I, hergg. v. R. Leonhard 1902.
Endemann: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 9. Aufl. 1905 (II)
Endemann: Anm. zu einer Entscheidung, Jur. Woch. 1928, S. 54 f.
Ehrenberg, Viktor: Versicherungsrecht I, 1889.
Enneccerus: Lehrbuch des bürgerl. Rechts I, 1 (25.—29. Aufl.); I, 2 (23. bis 27. Aufl.), 1927.
Enneccerus — Martin Wolff: II, 1 (22.—26. Aufl.), 1927.
Entscheidungen Band 11, S. 128; 30, 142; 47, 356; 56, 52; 63, 18; 66, 99; 68, 401; 69, 264; 89, 32; 93, 228; 98, 282; 99, 208; 100, 191; 104, 54; 109, 169 des Reichsgerichts in Zivilsachen s. 1880.
Entscheidungen aus: Rechtssprechung der OLgerichte s. 1900, Band 5, S. 46; 6 S. 34; 14 S. 102.
Entscheidungen aus: Johows Jahrbücher f. Entsch. des Kammerger., Band 43, S. 228.
Entscheidungen aus: Juristische Wochenschrift 1912, S. 131; 1916, 740; 1917, 217; 1922, 1513; 1923, 403; 1924, 404; 1927, 469; 1928, 54; 1928, 163; 1928, 561.
Entscheidungen aus: Seufferts Archiv f. Entscheidungen, Bd. 67, S. 311.
Entscheidungen aus: Warneyer, Rechtsprechung des RG., Bd. 20, Nr. 51.
Entscheidungen aus: Gruchots Beiträge z. Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 47 S. 987; 62 S. 405

Entscheidungen aus: Das Recht, herg̃g. v. Sörgel, 1910, Nr. 3172; 1914, Nr. 1840.
Ewald: Der Rückerwerb des Nichtberechtigten, Dogmatische Jahrbücher (Ihering) 76 (1926), S. 233 ff.
Fischer, O.: Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte (Festgabe für Wach, Leipzig 1913), Sonderabdruck.
Fischer-Henle: Kommentar z. BGB., 13. Aufl. 1928.
Flad vgl. Planck.
Fuchs, Eugen: Grundbegriffe des Sachenrechts 1917.
Georgi: Die Verträge z. Dr., geschichtliche Entwicklung und Regelung im BGB. Diss. Tübingen 1900.
Gierke, Otto von: Deutsches Privatrecht III 1917.
Gierke, Otto von: Entwurf eines BGB. 1889.
Hellmann: Besprechung v. Bruns, Besitzerwerb. Kritische Viert.-Schrift 50 (1912).
Hellwig: Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.
Hellwig: Lehrbuch des Zivilprozessrechts II 1907.
Henle, Rudolf: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Allg. Teil 1926
Hölder: Komm. des Beck'schen Verlags, Allg. Teil 1900.
Jung, Erich: Erörterungen zum BGB. und den Zivilgesetzentwürfen Ungarns und Bulgariens, Dogm. J. 69 S. 30 ff (1920).
Jung, Erich: Der Eigentumsübergang beim Kommissionskauf, Zeitschr. für Handelsrecht 47 (1898).
Jung, Erich: Rechtsregel und Rechtsgewissen, Arch. für die ziv. Praxis 118 (1920), S. 1 ff.
Jung, Erich: BGB. Grundriss I 1923.
Jung, Erich: Problem des natürlichen Rechts 1912.
Kämmerer: Stellvertretung im Besitzerwerb. Diss. Leipzig 1907.
Kluckhohn: Die Verfügungen zugunsten Dritter 1914.
Kober: vgl. Staudinger.
Kohler, Joseph: Vertrag und Uebergabe, Archiv f. bürg. Recht 18 (1892), S. 2 ff.
Kress: Besitz und Recht 1909.
Kuhlenbeck vgl. Staudinger.
Lehmann, Heinrich: Allg. Teil des bürg. Rechts, Grundriss, 2. Aufl. 1922.
Lenel, Otto: Stellvertretung und Vollmacht. Dogm. J. 36 (1896), S. 1 ff.
Leonhard, Franz: Bürg. Recht. Lehrbuch 1923.
Leonhard, Franz: Vertretung beim Fahrniserwerb. 1899.
Leonhard, Franz: Auslegung und Auslegungsnormen. 1917.
Leonhard, Rudolf: Allgemeiner Teil des bürg. Gesetzbuches 1900.
Leonhard, Rudolf vgl. Eck.
Löwenwarter: Lehrkommentar z. BGB., II, 2. Aufl. 1928.
Manigk: Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte 1901.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft 1907.
Manigk: Anm. zu Entscheidungen, JW. 1924, S. 404; JW. 1921, S. 1309.
Manigk: Bespr. v. Fischer, Konversion. Archiv für Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie VIII, S. 530 ff.
Matthiass: Lehrbuch des bürgerl. Rechts 6/7. Aufl. 1914.
Michaelis: Bespr. v. Fischer, Konversion. Gruchot 59, S. 567.
Michaelis: vgl. Reichsgerichtsräte.
Mitteis, H. vgl. Cosack.

Möller: Eigentumserwerb beim Kommissionskauf. Diss. Leipzig 1906.
Müller-Erzbach: Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt, 1905.
Nord: Die rechtliche Natur der Besitzübertragung. Diss. Rostock 1903.
Oegg vgl. Reichsgerichtsräte.
Oertmann: Kommentar (Heymann); Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1927.
Oertmann: Schuldverhältnisse, 3.—4. Aufl. 1910.
Oertmann: Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 1928.
Planck: Kommentar z. BGB., 4. Aufl.
Planck-Siber: Allg. Teil der Schuldverhältnisse 1914.
Planck-Brodmann-Strecker: Sachenrecht 1923.
Planck-Flad: Allgemeiner Teil 1913.
Przibilla: Erwerb u. Verlust des unmittelbaren Besitzes. Diss. Bonn 1905.
Regelsberger: Besitzerwerb durch Mittelspersonen. Dogm. J. 44 (1902), Seite 407.
Reichsgerichtsräte, Kommentar der: hergg. v. Oegg, Michaelis und anderen. 6. Aufl. 1928.
Riezler vgl. Staudinger.
Rohde: Studien im Besitzrecht 1907—1913 (unvollendet).
Rosenberg, Leo: Stellvertretung im Prozess, 1908.
Rosenberg, Leo: Kommentar z. Sachenrecht, 1919.
Rosenberg, Leo: Verträge z. Dritter im Sachenrecht, DJZ. 1912, S. 542 ff.
Rümelin, Max von: Das Handeln im fremden Namen nach dem BGB. Arch. ziv. Praxis 93 (1902), S. 131 ff.
Schlossmann: Lehre v. d. Stellvertretung I, 1900.
Schollmeyer: Komm. z. d. Schuldverhältnissen I, 1900.
Siber, Heinrich: Die Frage der Verfügungsgeschäfte zu fremdem Recht, Festgabe für Sohn, Leipzig 1914.
Siber vgl. Planck.
Stammler: Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, 1897.
Staudinger: Komm., hergg. von Riezler u. a.
Staudinger-Riezler: Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 1926.
Staudinger-Kuhlenbeck: Schuldverhältnisse, 7.—8. Aufl. 1912.
Staudinger-Kober: Sachenrecht, 9 Aufl. 1926.
Stoll, Heinrich: Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre, Dogm. J. 76 (1926). S. 134 ff.
Strecker vgl. Planck.
Strohal: Sachbesitz nach dem BGB., Dogm. J. 38 (1898).
Thoma: Die Bedeutung des Besitzwillens im BGB., Diss. Freib. 1900.
Tuhr, Andreas von: Allgemeiner Teil des deutschen bürgerl. Rechts II, 1 1914; II, 2 1918.
Tuhr, Andreas von: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts 1925.
Tuhr, Andreas von: Zur Lehre von der Anweisung. Dogm. J. 48 (1904), S. 1 ff.
Tuhr, Andreas von: Bespr. von Hellwig, Verträge Krit. Viert. Schrift 43 (1903), S. 542 ff.
Turnau-Förster, Komm: Das Liegenschaftsrecht nach den deutsch. Reichsgesetzen und den preussischen Ausführungsges. I, 3. Aufl. 1906.
Unger: Die Verträge zugunsten Dritter. Dogm. J. 10 (1871).
Warneyer, Otto: Komm. z. BGB. I 1923; II 1927.

Wieland: Ermächtigung zum Leistungempfang. Arch. ziv. Pr. 95 (1905), S. 161 ff.

Wolff, Martin vgl. Enneccerus.

Wrzeszinsky: Anm. zu einer Entscheidung JW. 1928, S. 186.

Zersch: Wie unterscheiden sich im Namen eines Dritten geschlossene Verträge von solchen zugunsten eines Dritten? Diss. Jena 1901.

Abgekürzt ist nach den Vorschlägen des 27. Deutschen Juristentages 1904 (Zweite Ausgabe 1910).

Die Fragestellung.

Kann ich durch Vereinbarung mit meinem Vertragsgegner einem Dritten Eigentum, Nießbrauch, Pfandrechte zuwenden, ohne daß dieser es weiß und will[1])?

Ist neben dem schuldrechtlichen Vertrage zu Rechten eines Dritten auch der dingliche zulässig? Oder — rechtspolitisch betrachtet — besteht ein Bedürfnis nach seiner Zulassung?

Die Beantwortung dieser Fragen soll versucht werden.

Zuerst Unger[2]) hat die Möglichkeit eines dinglichen Vertrages zu fremden Gunsten erwähnt. Die Wissenschaft des jungen bürgerlichen Rechts hat ihn im Hinblick cuf die schuldrechtliche Gestaltung des Versprechens auf Leistung an Dritte zumeist abgelehnt[3]). Nach dem Vorgang von Strohal und F. Leonhard — dieser freilich nur, soweit das Besitzrecht betroffen ist — haben dann Bruns, Kluckhohn und Rosenberg den Vertrag zu fremden Gunsten für im ganzen Rechtsgebiet heimisch erklärt[4]).

Die herrschende Lehre und die höchstrichterliche Rechtsprechung sind ihnen nicht oder nur mit wesentlichem Vorbehalt gefolgt[5]).

---

[1]) Nur der berechtigende oder echte V. z. Dr. ist Gegenstand der Untersuchung. Der unechte V. weist rechtliche Besonderheiten nicht auf, vgl. statt aller Enneccerus I, 2, § 258, IV.; ist der Dritte nur Leistungsstelle, so ist überhaupt nichts zu seinen Gunsten vereinbart.

[2]) Dogm. Jahrb. 10, S. 61.

[3]) R. Leonhard Allg. Teil, S. 331; Bruck Einigung S. 31; Endemann II § 37 Anm. 29; Oertmann Vorb. 2 zu § 328. Böhler Bad. Rechtsprax. 08 S. 211. Hellwig Verträge S. 53 ff. Kress Besitz und Recht S. 240.

[4]) Strohal Dogm. J. 38, S. 86 ff. F. Leonhard Vertretung beim Fahrniserwerb. S. 58. Bruns Besitzerwerb S. 116 ff. Rosenberg DJZ. 1912, S. 542 ff. Kluckhohn Verfügungen z. Dr. Beigetreten sind dieser Ansicht Biermann Komm. S. 5 u. Cosack-Mitteis II, 1 SS. 27, 85, 148.

[5]) RG. 66 S. 99. RG. 98 S. 282. RG. JW. 1922 S. 1513 Nr. 2. Unklar RG. Warneyers Rechtspr. 25 S. 226 Nr. 166. KGJ. 43 S. 229. OLG. 14 S. 102. Komm. der RG.-Räte § 854,4; § 873,7a; § 1117,4. Staudinger-Kober § 854 II 2c. Warneyer Vorb. 2 zu § 328. Turnau-Förster § 854, 4. Planeck-Brodmann § 854, 3a. Planeck-Siber Vorb. 5 zu § 328; Siber Verfügungsgeschäfte zu fremdem Recht in der Festgabe für Sohn. Fischer-Henle § 328, 2. Enneccerus I, 2 § 258 VI. Enneccerus-Wolff II, 1 § 8 I, 3; § 11 II Anm. 7; § 38 II, 3. von Tuhr II, 1 § 52. Fuchs Grundbegriffe S. 165. Rhode Studien XV S. 46. Jüngstens Ewald Dgm. Jahrb. 76 S. 242 f.

Zweifelhaft Baumgarten Wissenschaft vom Recht S. 220 und neuerdings Oertmann Komm. 5. Aufl. 1928 Vorb. 6c zu § 328.

Vgl. ferner die Anm. [3]) genannten und die Dissertationen von Zersch Jena 01 S. 34, Nord Rostock 03 S. 64f., Georgi Tübingen 00 S. 56f., Thoma Freiburg 00 S. 44, Möller Leipzig 06 S. 14, Przibilla Bonn 05 S. 49 f.

Vertrag zugunsten Dritter und Stellvertretung.

Der Vertrag zugunsten eines Dritten zählt zu der Gruppe der Rechtsgeschäfte mit Fremdwirkung[6]. Schließt A mit B einen Vertrag, aus dem C soll Rechte herleiten können, so kann A Vertreter und C Geschäftsherr sein; möglicherweise ist A jedoch vertragsbeteiligt, und C nur ein begünstigter Dritter. Einleuchtend ist die auf dem Gebiet des Tatsächlichen liegende Ähnlichkeit.

Ein Vertrag hat Fremdwirkung, wenn ich ihn im eigenen Namen mit der Bestimmung eines Außenstehenden als des Berechtigten, und wenn ich ihn im Namen eines anderen schließe; er hat sie auch, wenn meine Eigenschaft als Stellvertreter meinem Gegner unbekannt geblieben ist[7], nicht aber, wenn ich diese Eigenschaft absichtlich verborgen habe[8].

Häufig wird auch ein scheinbar besonders gelagerter Fall von den übrigen Rechtsgeschäften mit Fremdwirkung abgegrenzt: wenn es beim Barkauf dem Verkäufer gleichgültig ist, auf wen Eigentum übergeht, so soll es nicht darauf ankommen, wie ich auftrete oder auftreten will[9][10].

Der Vertrag, den ich zugunsten eines andern schließe, hat von einem Vertretungsgeschäft durchgreifend verschiedene Rechtswirkungen, während die wirtschaftlichen Wirkungen beider Rechtsfor-

---

[6]) Unscharf scheint mir Henles Begriffsbestimmung der Stellvertretung als „Hinlenkens des Rechtsinhalts auf ein fremdes Subjekt" (Allg. Teil § 9 II); damit sind nur ganz allgemein die Geschäfte mit Fremdwirkung gekennzeichnet.

Eine ungewollte Fremdwirkung kommt hier nicht in Betracht. Lasse ich durch Arbeiter eine häßliche Mauer auf meinem Grundstück abreißen, und erhöht sich dadurch der Wert der anliegenden Grundstücke, so schließe ich den Arbeitsvertrag nicht zugunsten meiner Anlieger, vgl. Baumgarten Wiss. v. Recht II S. 212.

[7]) Daß dem so ist, wird später gezeigt werden.

[8]) m. E. steht § 116 BGB. entgegen. Vgl. auch Anm. 87; man spricht bei diesem Sachverhalt von stiller oder mittelbarer Vertretung (gegen diesen Ausdruck Jung Grundriß § 42). Stellvertretung liegt nicht vor; man sollte die Benennung „stille V." auf die Fälle des § 164 II beschränken.

[9]) Vgl. Cosack-Mitteis I S. 256. Biermann Allg. T. § 72, 2b. R. Leonhard Allg. T. S. 366. Rümelin Arch. ziv. Pr. 93 S. 218ff. Lenel Dogm. Jahrb. 36 S. 64. Hölder § 164,2. Es handelt sich entweder um Fälle des § 164 II oder der sog. „mittelb. Vertretung".

[10]) Als fremdwirkende Rechtsgeschäfte kann man auch die Fälle bezeichnen, in denen eine fremde Schuld zum Erlöschen gebracht wird. Es wird später auf sie zurückzukommen sein; eine tatsächliche Aehnlichkeit mit den das Recht eines andern zur Entstehung bringenden Formen ist nicht vorhanden.

men sich in hohem Maße ausgleichen können[11]. Schrifttum und Rechtsprechung sollten daher die Tatbestände fremdwirkender Geschäfte mit besonderer Sorgfalt scheiden; dies ist nicht immer der Fall[12].

Auch zum Beweise der Notwendigkeit oder des Vorkommens dinglicher Verträge zu fremden Gunsten werden Tatbestände der Vertretung verwandt. Bruns befürwortet sogar in einzelnen Fällen die völlige Verwischung des Unterschieds[13]. Das wäre dem Betroffenen kaum dienlich. In zweifelhaften Fällen verlangt das Rechtsleben feste Grundsätze und nicht ein haltloses Schwanken[14]. Eine reinliche Scheidung scheint mir die notwendige Voraussetzung für den Nachweis des Vorkommens dinglicher Verträge zugunsten Dritter oder des Bedürfnisses nach ihrer Einführung und ebenso auch die Grundlage eines Gegenbeweises. Man glaubt gewöhnlich dem Unterschied mit den Begriffen des „Handelns im eigenen Namen" und „im fremden Namen" Genüge zu tun[15]; wie scheide ich danach aber im Einzelfall? Sowohl beim Vertrage zugunsten Dritter wie bei der Stellvertretung nenne ich einen Dritten als Berechtigten. Auch ohne einen solchen zu benennen, kann ich als Stellvertreter Wirkungen unmittelbar beim Dritten eintreten lassen[16].

Es ist „ein zweifacher Name für dasselbe Ding, wenn man das Wesen des Handelns im fremden Namen darin findet, daß die Wirkungen bei einem Dritten eintreten sollen, andererseits aber die Verträge zugunsten Dritter, bei denen dies ebenso zu stehen scheint, damit von der Stellvertretung unterscheiden zu können glaubt, daß sie im eigenen Namen geschlossen werden[17]". Es bedarf einer Erläuterung dieser Unterscheidung; insofern ist Schloßmanns oft angegriffenen Ausführungen zuzustimmen[18]. Die Unrichtigkeit

[11]) Hinweise z. B. bei F. Leonhard Vertretung S. 7 und 16. Staudinger-Kuhlenbeck Vorb. 5 zu § 328 findet die Aehnlichkeit zwischen V. z. Dr. und „mittelbarer Vertretung" besonders hervorstechend. Dagegen mit Recht Schloßmann Lehre v. d Stellvertretung. I SS. 55ff., 63; Bruns Besitzerwerb S. 116; Binder Kr. V. Schr. 46 (05) S. 348f.

[12]) z. B. trennt der RGR.-Komm. (Oegg zu § 164 und Michaelis § 328,3) nirgends in genügender Weise, wie denn auch die Auslese an Entscheidungen spärlich ist.

[13]) Bruns Besitzerwerb S. 119.

[14]) Vgl. dazu Enneccerus I 1 § 21 Anm. 9.

[15]) So auch A 112 Schweiz. Obligationenrecht.

[16]) Sei es, daß die Umstände auf einen Dritten hindeuten, sei es zufolge richtiger Auslegung des § 164 II oder auf dem Umwege über ein antezipiertes Konstitut, was tatsächlich nichts anderes bedeuten kann. Binder (Kr. V. Schr. 46 S. 398) weist auf die Verfügungen über fremdes Eigentum hin.

[17]) Siber Verfügungsgeschäfte S. 4.

[18]) Schloßmann I S. 379 f. Wie hier äußern sich Siber a. a. O., v. Tuhr Schweiz. OR. S. 626, Kluckhohn Verfügungen S. 26, Rümelin Arch. ziv. Pr. S. 135, Jung Problem des natürl. Rechts S. 28 und Dogm. Jahrb. 69 S. 95.

seiner eigenen Lehre, daß man nach den Grundverhältnissen trennen müsse: der Vertreter handele kraft Auftrags oder als Geschäftsführer, selbständig dagegen, wer schenken, darleihen oder eine Schuld ablösen wolle, ist wohl nachgewiesen[19]. Der Schluß von Innenverhältnis auf die Art des Auftretens nach außen ist so wenig zulässig wie der umgekehrte von außen auf das Verhältnis nach innen[20].

Nicht richtig ist die Abstellung auf das „Interesse"[21]. Ob der Mittler im eigenen oder im fremden Interesse tätig wird, das ergibt sich eben nur aus der Art des Innenverhältnisses zwischen ihm und dem Dritten; letzten Endes handelt es sich also wieder um die Unterscheidung Schloßmanns. Ueblich ist die im allgemeinen gewiß richtige Abgrenzung nach der Verteilung der Rechte und Pflichten: beim Vertretungsgeschäft treten sämtliche Wirkungen in der Person des Vertretenen ein — ein eigenes Rechtsgrundverhältnis zwischen Vertreter und Dritten besteht nicht[22] —, beim Vertrag zugunsten des andern aber in der Person des Mittlers mit Ausnahme eines einzelnen dem Dritten zuständigen Rechts: es bestehen Rechtsgrundbeziehungen zwischen dem Dritten und dem Mittler wie zwischen diesem und dem Vertragsgegner[23].

Wenn erklärt wird, wo die Wirkungen eintreten sollen, dann werden Zweifel über die Art des Vertrags allerdings nicht aufkommen können. Wo wird das aber in dieser Form erklärt? Das wesentliche Unterscheidungsmerkmal muß sich aus dem Vertragstatbestand

---

[19]) Vgl. Bruns Besitzerwerb S. 117. Oertmann Vorb. 2 zu § 328. Siber Verfügungsgesch. S. 4 ff. Irrig Fischer-Henle § 328, 4. Eine Auseinandersetzung mit Schloßmann ist nicht am Platze; gegen ihn vgl. im übrigen bes. Binder Kr. V. Schr. 46 S. 347 ff. und Manigk Anwendungsgebiet S. 298 ff.

[20]) Vgl. Jung Z. f. Handelsrecht S. 229.

[21]) Bähr Dogm. Jahrb. 6 S. 139. Binder Kr. V. Schr. 46 558. Müller-Erzbach Grundsätze S. 22, 68. Dagegen mit Recht Bruns Besitzerwerb S. 117 und Kluckhohn Verfügungen S. 24.

[22]) Nur im Falle des § 164 II stellt das Gesetz eine schuldrechtliche Beziehung zwischen dem Vertreter und dem Gegner her; das darf natürlich nicht zur Annahme eines V. z. Dr. verleiten. Die Rechte aus dem Vertrage erhält allein der Vertretene.

[23]) Vgl. Enneccerus I 1 § 166 Anm. 7. Hellwig Verträge S. 49. Lenel Dogm. Jahrb. 16 S. 10 f. v. Tuhr II 2 S. 333. Staudinger-Kuhlenbeck Vorb. 4 zu § 328 mit Hinweis auf Danz: Forderungsüberweisung und V. z. Dr. S. 118. Manigk Anwendungsgebiet S. 319. Ähnlich Crome II § 179 und F. Leonhard Lehrbuch S. 41. Kluckhohn a. a. O. S. 25 und 103 behauptet, eine eigene Beziehung zwischen Versprechendem und Empfänger brauche nicht zu bestehen. Richtig dagegen Baumgarten Wiss. v. Recht S. 220: „Es ist nicht zulässig, die Bestimmungen über die Stellvertretung o. V. durch die über den V. z. Dr. aus den Angeln zu heben." Gegen Kluckhohn neuerdings auch Oertmann, Schuldverhältnisse 5. Aufl. Vorbem. 2b zu § 328.

und den von den Beteiligten gewollten Wirkungen ergeben. Die vom Gesetz festgelegten Folgen scheiden aus[24]; erst auf Grund der Erkenntnis, welcher Tatbestand vorliegt, kann ich feststellen, welche Rechtsfolgen ihm zugehörig sind. Die Kenntnis des Willens der Beteiligten ist dagegen für eine fehlerfreie Bestimmung grundlegend, weil der Wille „Element des Tatbestands" ist[25]. Ob also ein Vertrag der Zustimmung bedarf, sehe ich erst, wenn ich sein Wesen gedeutet habe, und ob ein Teil die Gegenleistung verlangen kann, erst dann, wenn ich weiß, daß er nach dem wirklichen Willen der Beteiligten berechtigt und verpflichtet sein sollte[26] [27].

Mir scheint das am leichtesten erkennbare und am meisten verwendbare Merkmal des Vorliegens eines Vertrages zugunsten Dritter das Hervortreten des Willens zur Selbstverpflichtung. Die Tatsache, von der ich — insbesondere bei Erfüllungsverträgen — auf diesen Willen schließen darf, erhalte ich durch die Feststellung, daß die dem einen Vertragsteil obliegende Leistung nicht von Dritten, sondern vom Mittler erbracht wird[28]. Enneccerus irrt, wenn er auch die Zuwendung aus dem Vermögen des Versprechenden für möglich erklärt[29]. Hat der Versprechensempfänger eine Gegenleistung an den Vertragsgegner nicht zu machen, so wird der Rechtsgrund der Zuwendung an den Dritten in dessen Verhältnis zum Versprechenden zu suchen sein. Dann ist der Empfänger aber nur mehr Vertreter in der Annahme und bedarf der Vollmacht oder der Genehmigung.

Daß freilich auch die Verwendung des eben besprochenen Merkmals nicht immer zum Ziele führt, vermag es nicht zu entwerten: letzten Endes steht jede Bestimmung der Vertragsart nach den Umständen auf unsicherem Grund. Ich kann einen Vertrag als Vertreter abschließen und dennoch — wenn auch nicht im Rechtssinn, so doch tatsächlich — die erforderliche Gegenleistung aus meinem

---

[24]) Vgl. dazu Rosenberg Stellvertr. in Prozeß S. 12. Binder Kr. V. Schr 46 S. 357 bis 359. Siber Verfügungsgesch. S. 5. Z. B. tritt der Unterschied zwischen Schuldanerkenntnis und Schuldversprechen bei ausgeglichenen Rechtsfolgen nur durch den Tatbestand hervor.

[25]) Manigk Anwendungsgebiet S. 301.

[26]) Die Zustimmungsbedürftigkeit bestimmt nach R. Leonhard Allg. T. S. 332 den Unterschied, das Recht auf die Gegenleistung nach Oertmann Vorb. 2c zu § 164.

[27]) Daraus, wie die Parteien selbst den Vertrag bezeichnen, läßt sich nichts entnehmen; richtig RG. Warn. 20, 51 und Siber a. a. O. S. 34.

[28]) S. OLG. 5 S. 46. Dies wesentlichste Anzeichen ist auch aus den Anm. [23]) genannten Schriftstellern zu gewinnen: es hängt mit der „Doppelschichtigkeit" des V. z. Dr. zusammen.

[29]) Enneccerus I 2 § 259 IV. Richtig Hellwig Verträge S. 49. Baumgarten Wiss. v. Recht S. 219. Kluckhohn Verfügungen S. 109. Anm. 25. Oertmann, Schuldverhältnisse 5. Aufl. Vorb. 2c zu § 328.

Vermögen erbringen[30]); mein Verhältnis zum Geschäftsherrn braucht ja nicht das eines Beauftragten oder Geschäftsführers zu sein, sondern ich kann ihm schenken oder darleihen wollen[31]). Die Verschiedenheit der rechtlichen und der wirtschaftlichen Lage wird in vielen solchen Fällen nicht erkennbar sein[32]). Billiger Auslegung entspricht dann die grundsätzliche Entscheidung für eine der beiden Rechtsformen, und zwar für die Stellvertretung[33]); es ist hier die Möglichkeit vorhanden, daß bei mangelnder Vollmacht des Mittlers der Dritte genehmigt und mir infolgedessen verhaftet ist; ist das nicht der Fall, so kann ich mich immer noch an den Mittler halten. Der Vertrag zugunsten Dritter läßt mir nur den einen Weg. Auch dem Mittler ist gedient: möglicherweise braucht er mir nicht zu haften. Verschlechtert wird seine Lage nicht[34]).

Unrichtig ist es jedenfalls, daß bei ungenügendem Hervortreten des Willens, im fremden Namen zu handeln, die Vorschrift des § 164 II zur Annahme eines Vertrags zugunsten des Dritten zwinge[35]). § 164 II regelt einen Fall der Stellvertretung, und Voraussetzung für seine Anwendbarkeit ist das Fehlen des Willens zur Selbstverpflichtung; es handelt sich keinenfalls um eine Art gesetzlicher Konversion des Vertretungsgeschäftes in einen Vertrag zu fremden Gunsten. Die Unterschiebung dieses Vertrages ist eine einfache Begriffsverwechslung. Wie ist diese Annahme in den Fällen möglich, in denen nichts auf das Vorhandensein eines Dritten hinweist? Der Vertrag zu fremdem Recht fordert die Benennung des Begünstigten.

Wird dieser aber zum Beispiel beim Barkauf genannt — bei solchem Kauf kommt § 164 II am häufigsten zur Anwendung —,

---

[30]) Ebenso kann der Begünstigte tatsächlich die Leistung erbringen, s. v. Tuhr II 2 S. 376 Anm. 273.

[31]) Von sonstigen fremdwirkenden Geschäften wird die Erfüllung fr. Schuld im Innenverhältnis meist eine Schenkung an den Schuldner darstellen. Trotz Schloßmann — vgl. Anm. 19 — wird man in ihr doch nie einen V. z. Dr. erblicken dürfen: die Verpflichtung eines andern wird abgelöst, ein fremdes Geschäft geführt.

[32]) Es ist begrifflich auch möglich, im eigenen Namen zu handeln und ein Teilgeschäft doch in fr. N. zu schließen, vgl. Hellwig Verträge S. 49 und Ehrenberg HB des Versicherungsrechts I S. 191. Auch die Abgrenzung des V. z. Dr. von anderen Rechtsformen kann schwierig sein, vgl. bes. von Tuhr Kr. V. Schr. 43 (03) S. 553 und neuestens OLG Stuttgart JW 28 S. 186 (Abtretung und V. z. Dr); der Tadel Wrzeszinskys (Anm. dazu) ist unbegründet.

[33]) So auch Hellwig S. 49, Stammler Schuldverhältnisse S. 169, Matthias Lehrb. S. 217, Danz Auslegung S. 257; umgekehrt O. Gierke D. Privatrecht III S. 380 Anm. 12 und Kluckhohn Verfügungen S. 27.

[34]) Wie weit die Rechtsprechung zuweilen in richtigem Gefühl in der Annahme von Vertretungsgeschäften geht, zeigt lehrreich die von Manigk JW 1921 S. 1309 besprochene Entscheidung des RG (ebendort).

[35]) Siber Verfügungsgeschäfte S. 19, 20. Cosack-Mitteis II, 1 S. 148; über ihn später.

dann ergibt sich zum wenigsten daraus, daß der Mittler die Leistung sogleich entgegennimmt, seine Absicht, ein fremdes Geschäft zu führen. Oder soll er etwas anderes als Vertreter in der Annahme sein? Für dergleichen Fälle wäre die Bestimmung des § 164 II überflüssig: vernünftige Beurteilung wird hier ein Vertretungsgeschäft im Sinne des § 164 I und demzufolge „Wegfall der Eigenwirkung und Eintritt der Fremdwirkung"[36]) annehmen; aus Freude am Theoretisieren mag man immerhin eine Einigung zugunsten des Dritten unterschieben. Wird aber der Name des Dritten nicht genannt, und diesen Fall soll § 164 II regeln, dann ist es sicher ungezwungener, diese Vorschrift beschränkt auszulegen und den Schluß vom Auftreten nach außen auf das Innenverhältnis so falsch sein zu lassen, wie er ist.

Unser Beispiel zeigt bereits den grundlegenden Unterschied zwischen dem dinglichen und dem schuldrechtlichen Vertrag zu fremden Gunsten, der im Folgenden zu besprechen sein wird.

Der dingliche Vertrag zugunsten Dritter nach gesetztem Recht.

Die Stellung der Frage, ob dingliche Verträge zu Rechten Dritter überhaupt denkbar seien, ist keinenfalls abwegig. Zweifel entstehen freilich nicht etwa deshalb, weil die Vorschriften über den Vertrag zu fremden Gunsten dem Allgemeinen Teil des Schuldrechts angehören, und man diesen auf sachenrechtliche Verhältnisse nicht anwenden will. Damit ist nichts darüber ausgesagt, ob der Vertrag nach seinem Wesen nur als Verpflichtungs- und nicht als Erfüllungsvertrag gedacht werden kann. Das grundunbestimmte Erfüllungsgeschäft hat nur eine Wirkung: es geht Eigentum über, ein Pfandrecht wird begründet, eine schuldrechtliche Verpflichtung erfüllt. Diese einzige Wirkung kann der dingliche Vertrag natürlich auch nur bei einem der Beteiligten auslösen. Soll einem Begünstigten Eigentum zugewandt werden, so ist mit dem Erfüllungsvertrag zu seinen Gunsten eine andere Wirkung nicht mehr verknüpft. Der Versprechensempfänger des Schuldvertrags wird zum bloßen Erklärungsempfänger ohne eigene Rechte und Pflichten. Betrachtet man den dinglichen Vertrag losgelöst von seinem Rechtsgrunde, so wird man den für den Dritten handelnden Mittler als seinen Vertreter ansehen müssen[37]).

---

[36]) Jung Iherings Jahrb. 69 S. 90.

[37]) Ob mit oder ohne V.-macht, ist hier gleichgültig; sie wird meist aus dem Grundverhältnis zu entnehmen sein. Mittelb. Vertretung kommt nicht in Frage, vgl. Anm. 11 gegen Staudinger Vorb. 5 zu § 328.

Man kann also zu der Ansicht kommen, daß der Vertrag zu fremden Gunsten vom Gesetz mit Fug in das Schuldrecht verwiesen ist, da er eben nur als Verpflichtungsvertrag gedacht werden könne[38]. Aber diese Folgerung scheint mir überspitzt. Der grundunbestimmte Vertrag wird erst verständlich, wenn man seinen Grund aufsucht[39], ihn also mit der Denkweise des Lebens „als Glied eines auch seinen Rechtsgrund umfassenden Tatbestandes" betrachtet.[40]

Dann läßt sich aber ein triftiger Einwand gegen die Denkbarkeit der Einigung zugunsten Dritter nicht erheben; dies ist immer nur möglich, wenn man die Glieder des weiteren Tatbestandes auseinanderreißt.

Mit der Feststellung, solche Verträge seien denkbar, ist für die Frage ihrer rechtlichen Zulässigkeit nichts gewonnen. Bei fast allen Befürwortern dieser Zulässigkeit geht die Beweisführung letzten Endes darauf zurück, daß in den Verträgen zugunsten Dritter ein „allgemeiner Rechtsgedanke" enthalten sei[41], auf eine voreingenommene persönliche Anschauung also, die sich schlecht bestreiten, ebenso schlecht aber auch beweisen läßt. Die Gründe für diese Annahme sind denn tatsächlich unzulänglich. Zum Beispiel wird von den Verfügungsgeschäften des Schuldrechts mit Fremdwirkung aus geschlossen[42]. Alle diese Bestimmungen betreffen Sonderfälle. Wenn ich eine fremde Schuld zahle, so handele ich nicht als Vertreter, wie zuerst v. Tuhr gemeint hat[43], ich treffe auch keine Verfügung zugunsten des Dritten. Es ist das einfach ein weiterer Fall der eingangs besprochenen fremdwirkenden Rechtsgeschäfte. Uebrigens scheint mir der Vorschrift des § 267 BGB. eine rechtliche Besonderheit nicht innezuwohnen: es ist nicht in der Eigenart des rechtsge-

---

[38]) So z. B. Oertmann Vorb 5c zu § 328. Planck-Brodmann zu § 854 S. 41. Löwenwarter Lehrkomm. zu § 328. Dazu Siber Verf. insbes. SS. 4, 15, 21 u. bei Planck Vorb. 5 zu § 328. Oertmann hat seinen Standpunkt in der kürzlich erschienenen 5. Aufl. seines Kommentars insoweit berichtigt, als er damit nur die mindere Bedeutsamkeit anderer Fälle kennzeichnen will; vgl. Vorbem. 6c zu § 328.

[39]) Siber Verf. S. 16 unter Berufung auf Sohm Gegenstand S. 12. Fischer-Henle § 854, 8.

[40]) Siber a. a. O. S. 12 ff.

[41]) Strohal Dogm. J. 38 S. 86 f. Bruns Besitzerwerb S. 116 ff. Biermann Komm. S. 5. Rosenberg DJZ 1912 S. 542 ff. Kluckhohn Verfügungen.

[42]) Angeführt werden die §§ 267, 414, 783 BGB (diese von Bruns a. a. O. S. 137 f.). Gegen Bruns zutreffend Kluckhohn a. a. O. S. 63. Ueber die Natur der Anweisung vgl. zuletzt Jung Dogm. J. 69 S. 82 ff.

[43]) v. Tuhr Kr. V. Schr. 43 S. 555, ebenso Wieland Arch. f. ziv. Prax. 95 S. 181, Breit Vinkulationsgeschäft S. 183 f. und nach mündl. Mitteilung Jung. Nachweise der Gegenmeinung bei Staudinger § 267, 2a und Planck § 267, 5. Für Vertretung spricht, daß die ganze Wirkung beim Dritten eintritt, was übrigens mit der Frage der Denkbarkeit des Erfüllungsgeschäftes als V. z. Dr. zusammenhängt. Vgl. auch Anm. 31.

schäftlichen Tatbestandes begründet, daß der Dritte befreit wird, „sondern in der Eigenart der Schuld“[44]. Eine merkwürdige Verirrung ist es, das Heimatsrecht des Vertrages zugunsten Dritter im ganzen Rechtsgebiet und füglich auch im Sachenrecht durch den Hinweis auf die Zulässigkeit des Erbvertrages zu fremden Gunsten begründen zu wollen[45]. Mit dem Erbfall entsteht das Recht des Dritten auf Grund eines solchen Vertrages allerdings unmittelbar — auf die gleiche Art nämlich, in der sonst ein Erbrecht anfällt. Der Erbvertrag zu fremdem Recht nähert sich der einseitigen Verfügung von Todes wegen[46], die denn auch nach § 2299 BGB. in ihm enthalten sein kann, und seine Zulassung ist ebenso berechtigt wie die der einseitigen Verfügung, die den Erben ebenfalls ohne sein Wissen und seinen Willen zum Rechtsträger macht.

Dem Vertrage zugunsten Dritter kommt nur im Schuld- und Sachenrecht, nicht aber im Erbrecht deshalb eine Sonderstellung zu, weil ein Dritter ohne Wissen und Willen aus ihm berechtigt werden kann. Unrichtig ist es, von dieser Sonderstellung aus auf die Allgemeingültigkeit des Gedankens zu schließen[47]. Die geschichtliche Entwicklung kann man mit voreingenommenen Augen für die eine wie für die andere Ansicht ins Feld führen[48].

Es handelt sich für uns um eine sachenrechtliche Frage, die von sachenrechtlichen Gesichtspunkten aus entschieden werden muß. Die Einigung zu fremden Gunsten ist zuzulassen, wenn eine gesetzliche Bestimmung sie anerkannt, oder ein wirkliches Bedürfnis dafür spricht[49]; andernfalls ist sie abzulehnen. Ich betrachte zunächst die Stellungnahme des Gesetzes.

Ein ausreichender Grund gegen die Zulassung läßt sich nicht daraus entnehmen, daß etwa nur die Vorschriften des Allgemeinen Teils im Sachenrecht angewandt werden dürften; eine entsprechende Anwendung des § 328 BGB. bleibt darum ohne weiteres möglich. Die Bedenken des RG. in dieser Hinsicht scheinen mir mit Rosen-

---

[44]) Cohen Diss. Rostock 91 S. 15.

[45]) Strohal Jherings J. 38 S. 86 f. Rosenberg DJZ 1912 S. 543 und Komm. zu § 854 S. 32. Kluckhohn Verfügungen S. 76 ff. Biermann S. 5. Neuerdings Oertmann, Schuldverhältnisse 5. Aufl. Vorb. 6c zu § 328.

[46]) Vgl. dazu v. Tuhr Kr. V. Schr. 43 (03) S. 575 mit weiteren Nachweisen.

[47]) Dies tut Bruns Besitzerwerb S. 122.

[48]) Wenn das ältere deutsche Recht berechtigende V. z. Dr. kannte, warum hat man später den Beitritt oder eine Aneignungserklärung verlangt? Vgl. hierzu Kluckhohn Verfügungen S. 1 ff. mit Nachweisen; O. Gierke Entwurf eines BGB 1889 S. 222; Beseler System § 108.

[49]) Die beiden Zulassungsgründe sind gleichwertig. Auf diesen beiden Quellen beruht die „Doppelheit“ der Rechtsordnung (Jung): dem gesetzten und dem aus dem Bedürfnis des Rechtslebens geschöpften Recht.

berg geringfügig[50]). Auch die Erwägung, daß Eigentum einem Dritten nicht ohne seinen Willen verschafft werden solle, schlägt nicht durch[51]). Irrig ist aber auch die Ansicht, daß einige Bestimmungen des Gesetzes die Möglichkeit eines dinglichen Vertrages zu fremden Gunsten geradezu voraussetzten. Beweisuntauglich ist § 952 BGB., den Strohal und Bruns heranziehen[52]). Nach dieser Vorschrift verbindet sich mit dem Erwerb der Forderung der Erwerb des über sie ausgestellten Schuldscheins; ein dingliches Rechtsgeschäft liegt gar nicht vor. Gleiches gilt in folgendem Falle: vereinbare ich als Nießbraucher mit dem mittelbaren Besitzer die Abtretung des Herausgabeanspruchs an den Dritten, so erlangt dieser nach § 870 BGB. den mittelbaren Besitz[53]). Das geschieht auf Grund eines gewöhnlichen Schuldvertrages nach § 328 BGB., ohne daß von einer Einigung die Rede sein kann. Aehnlich ist im französischen Recht der Erwerb dinglicher Rechte eine unmittelbare Folge des — übrigens nur in gewissen Grenzen zulässigen — Schuldvertrages zugunsten Dritter (a 711, 1121, 1138 code civil[54]).

Rosenberg und Bruns wollen die Hinterlegung zur Schuldbefreiung (§ 372 BGB.) zum Beweise des Vorkommens der Einigung zu fremdem Recht im Gesetz verwenden[55]). Mit dem Verzicht des Schuldners auf sein Rücknahmerecht soll durch Einigung mit der Hinterlegungsstelle Eigentum für den Gläubiger entstehen[56]). Ich

---

[50]) Vgl. RG. 66 S. 99. KGJ 43 S. 228 und Rosenberg DJZ 1912 S. 543.

[51]) Kluckhohn Verfügungen S. 175. Bruns Besitzerw. S. 122. Rosenberg a. a. O. S. 543. Strohal Dogm. J. 38 S. 88. Allerdings ist bei der Formenstrenge des Sachenrechts solchen Gründen erhöhte Bedeutung beizumessen; nicht mit Unrecht fragt Siber (Verfügungsgesch. S. 31), ob das Ausschlagungsrecht des § 333 BGB dem Sinne des § 925 BGB nicht widerspreche.

[52]) Strohal Dogm. J. 38 S. 87. Bruns Besitzerw S. 121. Dagegen auch Kluckhohn Verfügungen S. 91 ff. Strohal hat übrigens seine Ansicht später aufgegeben, vgl. Siber Verfügungsgeschäfte S. 3 Anm. 1 und S. 53 Anm. 1.

[53]) Nach Wolff § 8, I, 3 mittelb. Mitbesitz. Vgl. dazu von Tuhr Kr. V. Schr. 43 S. 569, Hellmann Kr. V. Schr. 50 S. 111 und Siber Verfügungsgesch. S. 23 f. Gegen diese Form der Besitzverschaffung Kress Besitz und Recht S. 240. Von einer Einigung spricht auch hier wieder Bruns a. a. O. S. 125, 134.

Analog § 870 ist m. E. auch § 1117 II aufzufassen, richtig Kluckhohn Verf. S. 197 f., unrichtig RG. 66 S. 97 ff. Das Eigentum am Brief entsteht kraft Gesetzes. Vgl. dazu weiter Bruns a. a. O. S 131 f., Rosenberg DJZ. 1912 S. 542. Ein näheres Eingehen auf die bestrittene Natur der Vereinbarung erübrigt sich im Hinblick auf meine sonstige Stellungnahme zur Frage der E. z. Dr. im Hypothekenrecht, siehe Text zu Anm. 66 bis 73.

[54]) Er geht vor sich „par l'effet des obligations". Rosenbergs Berufung auf den cc. schlägt also fehl (a. a. O. S. 543); die Entscheidung des RG. (47, 356) behandelt rheinisches Recht. Richtig Kluckhohn a. a. O. S. 37, Siber a. a. O. S. 28; Ewald Dogm. J. 76 S. 242 f.

[55]) Rosenberg a. a. O. S. 547; Bruns Besitzerw. S. 133.

[56]) Vgl. zum folgenden Kluckhohn a. a. O. S. 63 und zur Begriffsbestimmung der Hinterlegung Enneccerus I, 2 § 289 mit Nachweisen.

werde meist zu der Möglichkeit der Hinterlegung greifen, wenn mir der Aufenthalt meines Gläubigers unbekannt ist. Meldet er sich nun innerhalb dreißig Jahren nicht, so erlischt der durch den Verwahrungsvertrag zwischen mir und der Hinterlegungsstelle ihm zugewandte mittelbare Besitz. Dann kann er als nichtbesitzender Eigentümer von der Hinterlegungsstelle als besitzendem Nichteigentümer die Sache nicht herausverlangen, trotzdem die Voraussetzungen des § 986 BGB. gegeben sind; mir aber nutzt mein Rücknahmerecht nicht viel, wenn ich das Eigentum nicht wieder erlange. Diese Erwägungen dürften die Unrichtigkeit der Bruns-Rosenbergschen Meinung ergeben. Nicht haltbar ist es auch, wenn Rosenberg in einer im eigenen Namen erfolgenden Verfügung des Mannes über das Ehegut nach gerichtlicher Ersetzung der Zustimmung der Frau eine Verfügung zu ihren Gunsten erblickt[57]. Der Ehemann ist freilich nicht Stellvertreter im eigentlichen Sinne; sein Auftreten im eigenen Namen erklärt sich aus seinem Verwaltungsrecht und ändert nichts daran, daß er ein fremdes und nicht sein eigenes Geschäft führt. Rosenbergs Irrtum ist durch jene nicht nur zu enge, sondern offenbar falsche Auffassung veranlaßt, daß nur dann Vertretung vorliege, wenn in fremden Namen, und immer ein Vertrag zugunsten Dritter, wenn im eigenen Namen gehandelt werde[58]. Außerdem beachtet Rosenberg die Besonderheiten der familienrechtlichen Stellung des Verfügenden nicht.

Mit den eben besprochenen Gründen läßt sich der Beweis der allgemeinen Zulassung dinglicher Verträge nicht erbringen. Dagegen verschließt sich nach meinem Dafürhalten ein bestimmtes sachenrechtliches Gebiet, nämlich das Besitzrecht, zufolge seiner Eigenart solchen Verträgen nicht, wenn man mit F. Leonhard und Strohal — diese allein sind hier von Belang — einen Willen zum Besitzerwerb für nicht erforderlich hält[59]. Die Sonderstellung des Vertrages zu fremden Gunsten beruht auf der Möglichkeit, einem andern ohne seinen Willen zuzuwenden. Mir scheint von Leonhards und Strohals Standpunkt aus kein ernstliches Bedenken gegen eine Einigung zu Rechten Dritter nach § 854 II ersichtlich. Es handelt sich hier nicht so sehr um die entsprechende Anwendung des § 328 BGB. als um die erweiterte Auslegung des § 854 II BGB. Wie die Zulassung des Erbvertrages zugunsten Dritter der Eigenart des Erbrechts gemäß ist[60], so fügt sich die besitzrechtliche Einigung

[57] Rosenberg DJZ 1912 S. 545. Gegen ihn Kluckhohn Verfügungen S. 70. Siber Verfügungsgeschäfte SS. 41, 45.

[58] Vgl. den Text zu Anm. 15 bis 17. Jung Z. f. HR. 47 S. 226 Anm. 65 verweist auf Behrend Lehrbuch d. HR. I S. 343 Anm. 1: „Das Kontrahieren im fremden Namen ist nur ein Fall der Stellvertretung".

[59] F. Leonhard Vertretung S. 58. Strohal Dogm. J. 38 S. 86 f.

[60] Ich halte die Bestimmung des § 1941 II BGB. für überflüssig.

in der streitigen Form diesem Rechtsgebiet ungezwungen ein: erfordert das Gesetz keinen Willen zum Erwerb, so muß er auf jede Weise erfolgen können[61]. Läßt man das aber zu, dann kann man auch nicht mehr einwenden, diese eine Möglichkeit von den vielen sei überflüssig. Die Frage nach Notwendigkeit oder Gleichgültigkeit des Erwerbswillens muß hier offen bleiben; wer ihn für erforderlich hält, kann sich auf die dargelegten Gründe nicht berufen. Einleuchtend ist es auch, daß von einer Möglichkeit, die sich unter bestimmten Voraussetzungen ergibt, nicht auf Fälle geschlossen werden kann, bei denen diese Voraussetzungen nicht vorliegen. Wenn Rosenberg meint, die Zulassung der Rechtsform im Besitzrecht schließe die Anerkennung auch im übrigen Sachenrecht ein, so darf er sich nicht auf Franz Leonhard und Strohal berufen[62]. Er selbst ist der Ansicht, daß das Erfordernis des Erwerbswillens der Zulassung nicht im Wege stehe. Welche Gründe er dann aber für seine Folgerung hat, das ist mir nicht ersichtlich, zumal er die Einigung des § 854 II BGB. in seinem Kommentar[63] für eine bloße Rechtshandlung erklärt, von der man doch wohl nicht ohne weiteres auf einen Vorgang rechtsgeschäftlicher Art schließen darf[64].

Ich habe früher erwähnt, daß ich den dinglichen Vertrag zu fremden Rechten überall da für gültig halte, wo „eine gesetzliche Bestimmung ihn anerkennt"; ich möchte das ausdehnen: wo der Sinn der Vorschrift die entsprechende Anwendung des § 328 BGB. offenbar zuläßt, wo die rechtliche Behandlung des einen Tatbestandes dem anderen „entspricht", das heißt ihm gerecht wird[65]. Bei der Frage, ob einem Dritten das Eigentum, ein Niessbrauch, ein Wohnungsrecht verschafft werden kann, schweigt das Gesetz völlig. Anders bei den Sicherungs- oder Wertrechten, deren Formung ohne Schwierigkeit dem Vertrage zu fremden Gunsten Raum gibt[66]. Das Erfüllungsgeschäft hat nur eine Wirkung, nämlich den Uebergang eines Rechts, wenn man es von seinem Grunde löst; diese Art der Betrachtung ist freilich der Erkenntnis des Wesens der Rechtsgeschäfte nicht dienlich,

[61]) Gegen diese Folgerung wendet sich Kluckhohn Verf. S. 176 f., ohne m. E. überzeugen zu können.

[62]) Rosenberg DJZ. 1912 S. 546 unter Berufung auf Strohal und Leonhard; ebenso Bruns Besitzerwerb SS. 128, 129.

[63]) S. 33.

[64]) Selbst wenn man der Lehre von der rechtsgesch. Natur der E. des § 854 II BGB. folgt, ist dieser Schluß unberechtigt; auch sie erkennt die Verschiedenheit der E. des § 854 und des § 873 BGB. an, s. RG. JW. 1912 S. 131.

[65]) Vgl. auch Jung Arch. ziv. Prax. 118 S. 45.

[66]) Ich brauche hier nicht mehr zu bemerken, daß die Stellung der §§ 328 ff. im Schuldrecht oder das „materielle Konsensprinzip" die Anwendung im Sachenrecht nicht hindern kann; da es doch nicht um Worte, sondern um einen Sinn geht.

wie ich schon ausgeführt habe. Man wird aber bei der Uebertragung des Eigentums die Glieder des weiteren Tatbestandes ohne Mühe trennen können. Anderes gilt für die Begründung von Sicherungsrechten[67]. Löse ich eine Sicherung vom gesicherten Gegenstand, so verliert sie ihren Sinn, und das Sicherungsrecht ist unverständlich ohne die gesicherte Forderung. Kann ich diese einem Dritten zuwenden, so muß ich auch das ihr untrennbar verwachsene Sicherungsrecht für ihn begründen können. Die Vertragswirkungen fallen auseinander, es erhellt, daß sich dem Betrachtenden stets zwei Grundverhältnisse darbieten. Der Versprechensempfänger[68] kann die Mitwirkung des Versprechenden zur Erfüllung verlangen — und so mittelbar auch, daß zum Beispiel aus dem haftenden Grundstück geleistet werde. Das ein Recht auf Befriedigung aus den verhafteten Gegenstand begründende Rechtsgeschäft verschließt sich der Form des Vertrages auf Leistung an Dritte nicht; mit Fug erkennt Martin Wolff den dinglichen Vertrag zu fremden Gunsten an, sofern das gewollte Recht auf Leistung aus dem Grundstück oder Übereignung gerichtet ist[69]. Kluckhohn wendet ihm ein, nicht auf den Begriff „Leistung" komme es an, sondern darauf, ob eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Leistung bestehe[70]. Würde diese bestehen, dann brauchte man aber gar nicht mehr von einer „entsprechenden Anwendung" zu reden; ich halte den Widerspruch nicht für erheblich. Das Reichsgericht bejaht in einer Entscheidung aus dem gemeinen Recht die Zulässigkeit der Einigung über die Begründung einer dinglichen Schuld zugunsten Dritter[71], läßt aber ebenso wie in zwei bürgerlichrechtlichen Entscheidungen[72] die Frage für das BGB. unentschieden, obgleich es dieselbe Begründung hätte verwenden können. Über Wolff hinaus geht mit Recht Siber[73], der auch die Begründung

---

[67]) Im weiteren Sinne; ich meine nicht nur die Hypothek, sondern die Pfandrechte und Rechte auf Leistung aus dem Grundstück. Ich stelle nicht auf den rechtlichen Begriff der Akzessorietät ab (den bezüglich der Hypothek Franz Leonhard Lehrbuch S. 134 scharf bekämpft), sondern auf das Ziel, das die Beteiligten mit der Begründung solcher Rechte verfolgen.

[68]) Auch dieser Begriff bleibt hier trotz sachenrechtlicher Bedenken brauchbar.

[69]) Wolff, Sachenrecht § 38 II 3; ihm folgen Enneccerus I 2 § 258 VI und Warneyer Vorb. 2 zu § 328; in der 5. Auflage auch Oertmann Vorbem. 6c zu § 328. Die Betrachtung des Vorkaufrechtes (§ 1094 BGB.) als eines Gestaltungsrechts ist nicht hinderlich, Siber a. a. O. S. 52.

[70]) Kluckhohn Verfügungen S. 145.

[71]) RG. Gruchot 62 S. 405 ff.: „Es läßt sich ohne Zwang sagen, daß der andere durch die Einigung eine Verpflichtung zu Leistungen an den Dritten übernimmt."

[72]) RG. 98 S. 282. RG. JW. 1922 S. 1513,2.

[73]) Siber a. a. O. S. 49; es kommt nach ihm darauf an, daß die dinglichen Rechte „Akzessorien" eines Schuldvertrages zu fremden Gunsten sind.

eines Fahrnispfandrechts zu fremden Gunsten zuläßt, weil er sich nicht wie Wolff auf den Begriff der Leistung beschränkt. Ich bin der Meinung, daß dieser Begriff die entsprechende Anwendung zwar erleichtert, daß aber der eigentliche Zulassungsgrund in der Abhängigkeit der Sicherung von der gesicherten Forderung zu suchen ist. Allzu weit ist Sibers Ansicht nicht von der Wolffs entfernt, diese läßt sich leicht als Stütze der anderen verwerten, wie ich das auch getan habe. Nicht erwähnt ist bei Siber die Sicherungsübereignung zugunsten Dritter, der man die Anerkennung nicht verweigern darf, wenn man die Übertragung von Zweckeigentum überhaupt für gültig hält; man kann auch hier zwei Rechtsgrundverhältnisse unterscheiden, ohne dem Tatbestand Gewalt anzutun.

Das Bedürfnis nach dinglichen Verträgen zu fremden Gunsten.

Von den besprochenen Ausnahmen abgesehen, zeigt sich das Gesetz für den Gedanken des dinglichen Vertrages zu fremden Gunsten nicht ohne weiteres empfänglich, da es die Einigung grundunbestimmt und in ihrer Wirkung auf die Erfüllung beschränkt sein läßt. Aber auch gegen die Möglichkeit eines solchen Vertrages läßt sich mit Sicherheit nichts vorbringen. Denn daß eine Einigung nur zwischen Übertragendem und Erwerber getroffen werden könnte, oder daß nur die Vorschriften des Allgemeinen Teils im Sachenrecht anwendbar seien, das bietet keine ernsthafte Stütze für die Beweisführung. Man kann auch nicht sagen, das Gesetz wolle diese Rechtsform nicht, weil es schweigt[74]). Ebenso wie die Erweiterung des Ausschlusses der Tierhalterhaftung muß der dingliche Vertrag zugunsten Dritter anerkannt werden, wenn das Bedürfnis des Rechtslebens nach ihm verlangt[75]), da das Gesetz nicht alle Tatbestände umschließt[76]), und es folglich eine „Doppelheit der Rechtsordnung"

---

[74]) Eine „negative Fernwirkung des schweigendenGesetzes" gibt es nicht: richtig Stoll Iherings J. 76 SS. 176, 179 gegen Franz Leonhard Auslegung und Auslegungsnormen 1917 S. 22. Eine solche Fernwirkung nimmt auch das Kammergericht an, wenn es meint, die Einigung z. Dr. sei dem geltenden Recht unbekannt, und der Widerspruch des unterlegenen Teils deshalb unbegründet (KGJ. 43 S. 229).

[75]) Hierüber herrscht Einigkeit; Rosenberg DJZ. 1912 S. 542, Bruns Besitzerwerb S. 129, Biermann Komm. S. 5, Wolff § 813, Enneccerus I 2 § 258 VI, RG. 98 S. 282; dieser Entscheidung kommt es nicht so sehr auf die Beantwortung unserer Frage an; es handelt sich um die Zurückweisung einer Gesetzesumgehung.

[76]) Das ist nach den Forschungen von Ehrlich, Jung und Zitelmann längst anerkannt.

geben muß[77]. Andererseits aber muß nach der Erwägung, daß „jeder zuerst gedachte und dann erst verwirklichte Rechtssatz unbeabsichtigte soziale Wirkungen haben kann"[78], die allgemeine Einführung dinglicher Verträge zugunsten Dritter grundsätzlich versagt werden, wenn ein lebendiges Bedürfnis nicht erweisbar ist.

Zu entscheiden ist füglich, ob neben der Möglichkeit des Rechtserwerbs durch Stellvertreter eine weitere notwendig oder entbehrlich ist.

Ich kann die Rechtsgeschäfte, die ich zugunsten eines Dritten schließe, auch unter Ausschluß der Eigenwirkung in seinem Namen führen. Die Art des Innenverhältnisses hindert mich nicht daran[79]; dem Geschäftsherrn gegenüber kann ich die Verpflichtungen aus dem Vertrage selbst übernehmen. Die Wirkung des Vertretungsgeschäftes nach § 164/I ist die gleiche wie die eines dinglichen Vertrages zu Rechten des Dritten: der Bedachte erwirbt unmittelbar. Ein Bedürfniserweisender Unterschied kann sich nur in anderen Fällen ergeben: solchen, in denen ich als vollmachtloser Vertreter dem Geschäftsherrn nicht unmittelbar zuwenden kann; hier ist eine grundsätzliche Bemerkung notwendig. Ein Sachverhalt, der mir das offenbare Bild eines Vertretungsgeschäftes zeigt, läßt sich nicht zur Begründung des Bedürfnisses nach dinglichen Verträgen der genannten Art verwenden. Man kann Rechtsformen nicht beliebig auswechseln. Es geht nicht an, die Vorschriften des Gesetzes über die Stellvertretung einfach außer Acht zu lassen[80]. Beweisdienlich sind nur Fälle, in denen die Beteiligten die Form der Vertretung der Folgen wegen nicht wählen wollten, und man ihnen diese Wahl nicht zumuten darf; denn auf diesen Willen kommt es an, und wo eine Selbstverpflichtung nicht gewollt ist, da kann ein Vertrag zu fremden Gunsten niemals gegeben sein. Hält man eine Vorschrift für unbillig, so muß man sie selbst ändern und darf nicht eine andere daneben aufstellen und nach Belieben unter rücksichtsloser Vergewaltigung des Sachverhalts bald die eine, bald die andere zur Anwendung bringen. Das ist eigentlich eine Selbstverständlichkeit, die aber infolge der Verwirrung im Streit der Meinungen über das Wesen von Stellvertretung und Vertrag zugunsten Dritter überraschend häufig unbe-

---

77) Jung Arch. ziv. Prax. 118 S. 1 ff.

78) Jung Problem des natürlichen Rechts S. 2. Vgl übrigens die bemerkenswerte Kritik des RG. an der Nachkriegsgesetzgebung (JW. 1928 S. 163): „Auch der Umstand, daß der Staat die Erfüllung der Verpflichtungen . . . . .durch Gesetz in einer Weise geregelt hat, die den Gläubigern nur einen geringfügigen Teil ihrer Ansprüche läßt, vermag nicht zu erweisen, daß in den Beziehungen der Einzelpersonen eine andere Regelung nicht gerecht und billig ist".

79) Vgl. Anm. 20 und Text dazu.

80) Vgl. Baumgarten Anm. 23).

achtet bleibt. Eigentümlich scheinen mir Cosacks Folgerungen in dem bekannten Eck'schen Falle[81]: der als solcher nicht erkennbare Dienstbote kauft Silberwaren für seinen Arbeitgeber ein (§ 164 II BGB.). Weil nach Cosacks Meinung der Geschäftsherr im Falle des § 164/II erst durch ein weiteres zwischen ihm und dem Vertreter geschlossenes Rechtsgeschäft Eigentümer der Waren werden kann, und dieses Ergebnis nicht billig erscheint, so hilft sich Cosack ohne Bedenken mit der Annahme einer stillschweigenden Einigung zugunsten des Vertretenen, obwohl § 164/II den Willen voraussetzt, ein fremdes Geschäft zu führen[82]. Das Reichsgericht löst die vermeintliche Schwierigkeit in einer anderen, übrigens auch von Cosack anerkannten Weise: es läßt den Vertreter ein „Insichgeschäft" schließen[83]. Mittels eines „antezipierten Besitzkonstituts" soll der Vertretene Eigentum erwerben. Ob eine solche vorweggenommene Besitzvermittelung zulässig ist, scheint mir nicht unzweifelhaft[84]. Aber selbst wenn man dieses Glaubens ist, so kommt man doch nicht darüber hinweg, daß dies „Insichgeschäft" sein Leben einer bloßen Erfindung verdankt: es wird wohl niemals geschlossen[85]. Solche gequälten Aushilfen zur Vermeidung unerquicklicher Ergebnisse sind nichts anderes als der Beweis der Notwendigkeit und Richtigkeit der von Eck und Jung befürwor-

---

[81]) Cosack-Mitteis Sachenrecht S. 148. Eck Vorträge S. 179. Vgl. zum folgenden auch die Bemerkungen am Ende des 2. Abschnitts. Oertmann § 164,1c scheint Cosack zuzustimmen.

Einen seltsamen Schluß zieht auch das Landgericht Greifswald (JW. 1927 S. 469,3): „es besteht kein Bedürfnis nach der Annahme eines Vertrages zugunsten Dritter . . . . liegt aber ein solcher nicht vor (!), so besteht ein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien nicht."

[82]) Statt also eine sorgsame Trennung von Außen- und Innenverhältnis vorzunehmen, erfindet Cosack einen in Wirklichkeit niemals geschlossenen „stillschweigenden" Vertrag; zu dieser Vertragserdichtung hat sicherlich der Gedanke geführt, daß die Wirkungen im Verhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem notwendig von der Art des Hervortretens des Vertreters nach außen abhängig seien.

[83]) RG. 11, 128; 30, 142; 56, 52; 99, 208; 100, 191; 109, 169; Gruchot 47, 987 JW. 1917 S. 217, 6; JW. 1923 S. 403; übrigens eine strafrechtliche Entscheidung; JW. 1928 S. 561, 9. Ebenso Enneccerus I 1 § 167 II; Planck-Flad § 164, 5c; Cosack a. a. O. S. 148; v. Tuhr Dogm. Jahrb. 48 S. 47 ff. Oegg (RGRkomm.) § 164, 3.

[84]) Dagegen Kohler Arch. Bürg. Recht 18 S. 2 ff. F. Leonhard Vertretung S. 46. Wolff § 67 I, 2 Regelsberger Dogm. J. 44 S. 407. Lenel Dogm. J. 36 S. 69 f. Draganesco Lehre v. Besitzerwerb durch Stellvertreter S. 94. Kämmerer Diss. 07 Leipzig S. 50; dafür besonders v. Tuhr Dogm. J. 48 S. 47 f.

[85]) Vgl. dazu Jung Ziv. Arch. 118 S. 64 f. und Problem d. nat. Rechts S. 25 mit Anführung von Hellwigs (Lehrb. 2 § 93 Anm. 38) Geißelung der „verwerflichen Methode des RG., das was ex bono et aequó folgt, auf die stillschweigenden Vereinbarungen der Parteien zurückzuführen".

teten Auslegung des § 164/II[86]. Hiernach erwirbt der Vertretene unmittelbar, während der Vertreter dem Gegner verpflichtet wird; die Gläubiger des Mittlers können also nicht bei ihm pfänden. Das liegt auch ganz im Sinne des Gesetzes. Denn die Möglichkeit rückwirkender Genehmigung, die der vollmachtlos Vertretene hat, ist im Fall des § 164/II nicht gut denkbar; soll der Arbeitgeber, der seinen Angestellten mit einer Vollmacht ausgestattet hat, schlechter gestellt sein als der, der das nicht getan hat? Will der Vertreter aus eigenem Entschluß oder auf Gebot seines Herrn nicht als solcher auftreten, so mag man dem römischen Recht folgen: res ex mandatu meo empta non prius mea fiet, quamsi mihi tradiderit qui emit — ein Vertretungsgeschäft liegt gar nicht vor[87]. § 164/II drängt nicht zu solcher Auslegung. Manigk hält es für falsch, Wirkungen von einem nicht erklärten kausalen Umstand abhängig zu machen[88]. Jung betrachtet dagegen den Schluss vom äußeren Auftreten auf die Wirkungen im Innenverhältnis als verfehlt — mit Recht[89]. Wird vielleicht das wertlose Zwischenglied des Insichgeschäftes irgendwie kenntlich? Das ist gar nicht möglich, es ist ja nicht da[90]. Der Vertragsgegner befindet sich in gleicher Lage, ob man nun das Eigentum unmittelbar oder mittels eines Zwischenvertrages übergehen läßt. Es bedarf nach diesen Erörterungen auch nicht mehr der Prüfung, ob es dem Gegner gleichgültig war, wem das Recht übertragen werde[91]; das bestimmt

---

[86] Eck a. a. O. S. 179. Jung Z. für HR. 47 S. 224 Anm. 64 und Dogm. J. 69 S. 91. David Recht 01 S. 506 ff. Brach Recht 01 S. 558. Beseler DJZ. 1912 S. 894 ff., der im Notfall „um der guten Sache willen" die Aushilfe des RG. gelten lassen will. Unserer Ansicht neigt rechtspolitisch Rümelin Arch. ziv. Prax. 93 S. 217 zu. Die ausländischen Rechte haben sich gleichfalls dafür entschieden, Nachweise bei Müller-Erzbach Grundsätze d. mitt. V. S. 57 ff.

[87] L. 59 D. de adqu. rer. dom. 41, 1. Dagegen nimmt Beseler DJZ. 1912 sogar „Zwangsvertretung" an und gibt dem Dritten durch „angemessene Fiktion" gegen den Willen des Vertreters Eigentum.

[88] Manigk, Willenserkl. S. 465 f.

[89] Jung vgl. Anm. 20.

[90] Warum stellt denn das RG. überhaupt die Frage nach dem Innenverhältnis? Auch nach ihm kommt es offenbar darauf an, daß der Vertreter „tatsächlich" für einen andern handelt. Wie kann man aber aus dieser einfachen Tatsache einen Insichvertrag folgern, nur weil man dieses Kunststück aus den formalistischsten Gründen als einer billigen Auslegung dienlich ansieht! Vgl. neuestens RG. JW. 1928 S. 561,9 und bes. RG. 100 S. 193; (gegen diese Entscheidung vom Standpunkt absoluter Auslegung aus Lehmann Grundriß S. 196).

[91] Eine Prüfung, die Cosack zur Grundlage seiner verfehlten Annahme macht. Damit wird ein Vertretungsgeschäft natürlich niemals zu einem V. z. Dr., vgl. Anm. 9. Für höchst widerspruchsvoll halte ich es, wenn auch das RG. die Gültigkeit des Insichvertrages von dieser Bedingung abhängig sein läßt; wessen Wille ist denn nun eigentlich maßgebend? Der des Gegners tritt auch nicht erkennbar hervor; die Entscheidung hängt also an einem Zufall.

eben der Verkehrsauffassung gemäß der Wille des Empfängers[92]. Der Gegner hat kein berechtigtes Interesse daran, gerade dem Vertragschließenden zu übereignen, da dieser den Gegenstand doch sogleich weitergeben kann[93]. § 164/II ist gewiß eine Schutzvorschrift für den andern Teil; diesem Schutz ist mit der Entstehung der vertraglichen Verpflichtungen für den Vertreter genügt; warum sollte man ihn Rechte wider Willen erwerben lassen[94]?

Cosack hätte also auch auf einem gangbaren Wege zu seinem Ergebnis kommen können; sein Beispiel hat mit der Frage eines dinglichen Vertrages zugunsten Dritter nichts zu tun. Ein solcher wird auch kaum nachgewiesen werden können, wenn Einigung und Grundgeschäft zeitlich auseinander fallen. Schließe ich nämlich einen Schuldvertrag zugunsten meines Freundes, demzufolge er den Anspruch auf Leistung unmittelbar gegen den Versprechenden erwirbt, so wird dieser sich deshalb mit mir einigen, weil er den Anspruch meines Freundes erfüllen will, und ich kann nichts weiter tun, als in dessen Vertretung die Leistung entgegenzunehmen[95]. Der Rechtsgrund für die Leistung des Versprechenden liegt nicht mehr in meinem Verhältnis zum Dritten, und die eigene Grundbeziehung zwischen mir und dem Erfüllenden ist aufgelöst.

Die besprochenen Fälle erweisen kein Bedürfnis nach dinglichen Verträgen zu Rechten Dritter. Ich habe früher bemerkt, daß der Versuch einer Beweisführung von Fällen auszugehen habe, in denen man den Beteiligten die Wahl eines Vertretungsgeschäftes anstatt einer Einigung zu fremden Gunsten nicht zumuten darf. Scheinbar verhält sich das bei einem ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Vertretungsgeschäft so: der Vertrag bleibt bis zur Genehmigung in der Schwebe; sollten also im unterdessen erfolgten Konkurs des Vertreters die dem Dritten zugedachten Rechte der Masse zufallen? Da die Genehmigung mit dinglicher Rückwirkung ausgestattet ist (§ 184 BGB), so steht es in der Macht des Ver-

[92]) Jung Z. f. HR. 47 SS. 191, 195, 197. Vgl. auch RG. 100 S. 193 und dazu Anm. [90]).

[93]) Es ist wohl begründet, daß nur beim Schuldverhältnis die persönliche Beziehung eine Rolle spielt. Zu weit geht jedoch Beseler DJZ. 1912 S. 894 ff., der den Mittler mit Eigenerwerbswillen zu einem Vertreter „malgré soi" macht.

Vgl. auch jetzt den ungarischen BGB.-Entwurf, der die von Eck und Jung gewollte Einschränkung zum Ausdruck bringt, obwohl er sonst bewußt an das deutsche BGB. und seine Regelung der Stellvertretung anknüpft; siehe Jung in Iherings Jahrbüchern Bd. 69 S. 91.

[94]) Das ist die Folge absoluter Auslegung; den Ausdruck „Erwerber wider Willen" braucht F. Leonhard Vertretung S. 26.

[95]) Siber Verfügungsgeschäfte S. 38. von Tuhr Kr. V. Schr. 43 (03) S. 544.

tretenen, die genannte Wirkung abzuwenden[96]) Genehmigt er, so kann er aussondern[97]). Ich füge ein, daß mir mit v. Tuhr jene dem Wortlaut folgende Auslegung des § 184 auch die billige zu sein scheint[98]); daß nämlich die Rückwirkung die Zwischenverfügungen des Vertragsgegners unwirksam mache und lediglich die des Vertretenen selbst unberührt lasse. Erwerbe ich als vollmachtloser Vertreter des A gemäß § 930 BGB. eine Sache von B, und veräußert dieser sie an C weiter, so wird diese Verfügung durch die Genehmigung unwirksam. Wird doch dem Gegner häufig der Mangel der Vollmacht und ihr Ersatz durch die nachfolgende Genehmigung unbekannt bleiben; warum soll er gegen Treu und Glauben verfügen dürfen? Sollen bösgläubige Erwerber geschützt werden? Dem Gutgläubigen hilft in dem eben genannten Falle ja § 933 BGB. Steht ihm in anderen Fällen ein Gutglaubensschutz nicht zur Seite — so beim Forderungserwerb —, dann liegt der Fehler natürlich nicht mehr in der Tatsache der Rückwirkung. Nun bleiben bei dieser Lösung der Schwierigkeiten allerdings noch Zweifel, die den Erwerb beweglicher Sachen durch Einigung und Übergabe betreffen. Es ist nämlich streitig, ob der Genehmigung hier rückwirkende Kraft beigelegt werden kann. Ewald hat jedoch nachgewiesen, daß man dennoch der Einigung zugunsten Dritter neben dem vollmachtlosen Vertretungsgeschäft nicht bedarf[99]). Es ist gleichgültig, ob die Genehmigung in diesen Fällen rückwirkt oder nicht. Den Gegnern der Rückwirkung ist zuzustimmen, wenn man zum Besitzerwerb „eine als Tathandlung zu kennzeichnende Willensäußerung" (Ewald) für erforderlich hält[100]). Eine solche kann nicht rückwirkend gedacht werden. Der Erwerb des Dritten erfolgt erst, wenn er diese Tathandlung selbst vornimmt; bei ihr gibt es keine Stellvertretung. Welche Vorteile sollte mir hier aber

[96]) Vgl. auch § 1016 öst. BGB. und a380 Schw. OR.

[97]) Bzw. intervenieren; das auch gegen Siber Verfügungsgeschäfte S. 50. Richtig und verkehrsgemäß in dieser Hinsicht RG. 63 S. 18.

[98]) v. Tuhr II, 2 S. 245; Staud.-Riezler § 184, 5; OLG. Seuff. Arch. 60 S. 2; zweifelhaft Oertmann § 184, 4d; dagegen Enneccerus I, 1 § 191 II, 2; Planck-Flad 184, 1b. Dernburg § 114 III, 2.

[99]) Ewald Iherings J. 76 S. 242 ff. Die folgenden Ausführungen lehnen sich an Ewald an. Daß übrigens § 177 BGB. im Sachenrecht nicht anwendbar sei, wird wohl nirgends mehr behauptet. Eccius Einigung und dinglicher Vertrag Gruchot 47 S. 61- begründet diese Meinung damit, daß im Falle des § 179 BGB. der vollmachtlose Vertreter den dinglichen V. ja nicht erfüllen könne. Das schlägt nicht durch, die Unanwendbarkeit der einen Alternative des § 179 hindert die Anwendbarkeit der zweiten nicht. Enneccerus § 170 Anm. 4 RG. 69 S. 264 und allgemeine Meinung, Nachweise bei Oertmann § 177, 6.

[100]) Nachweise bei Bruns Besitzerwerb S. 163 f.; außer den dort genannten Kluckhohn Verf. S. 174, 199.

die Einigung zu fremden Rechten bieten? Ihre Verwendung führt zu keinem anderen Ergebnis.

Ein Bedürfnis nach der Einführung dieser Rechtsform scheint mir nur insoweit vorzuliegen, als es sich um dingliche Rechte auf Leistung, um Sicherungsrechte an Liegenschaften[101]) handelt — wie denn der Vertrag zugunsten Dritter sich auch nur insoweit der Formung der gesetzlichen Bestimmungen einfügt[102]). Wolff bildet folgenden Fall[103]): Vater und Sohn einigen sich bei der Uebergabe des Hofes über seine Belastung mit Grundpfandrechten für die leer ausgegangenen Geschwister. Auf den ersten Blick erhellt kein Bedürfnis. Sicher hätte der Vater als vollmachtloser Vertreter der Bedachten auftreten können; den Vertretenen wären Nachteile der Vorwirkung der Eintragung wegen nicht erwachsen. Genehmigt jedoch einer von ihnen nicht, so hindert das Fehlen einer gültigen Einigung die Entstehung einer Eigentümerpost. Diesen einzigen Nachteil bringt die Verwendung des vollmachtlosen Vertretungsgeschäftes mit sich[104]; und nicht der Dritte, sondern die Vertragsbeteiligten selbst werden davon betroffen[105]). Das Vorkommen solcher Fälle ist nicht selten[106]). Siber meint allerdings, wenn man es für verfehlt halte, daß die Eigentümerpost nicht entstehe, so solle man bedenken, daß die Fehlerquelle nicht im Mangel einer Einigung zu fremden Gunsten, sondern in dem Grundsatze liegen, daß man sich am eigenen Grundstück nicht beliebig Rechte bestellen könne[107]). Ich bin nicht dieser Ansicht; die unbillige Folge des vollmachtlosen Vertretungsgeschäftes entsteht aus einer von den Vertragsbeteiligten nicht vorausbestimmbaren Willensrichtung des Dritten; daraus folgt, daß die Beteiligten nicht sich selbst „beliebig" Rechte bestellen. Ich halte demnach die Einigung zugunsten Dritter in den angegebenen Grenzen für zulässig. Es ist Siber zuzustimmen, wenn er das Verlangen nach sofortiger Sicherung einer

[101]) Für das Fahrnispfandrecht genügt die Möglichkeit der vollmachtlosen V. vgl. die Ausführungen zu Anm. 96 bis 99.

[102]) Vgl. Text zu Anm. 66 bis 73.

[103]) M. Wolff § 38 II, 3 Anm. 13.

[104]) Unbedeutend ist, daß der V. z. Dr. die Pflegerbestellung erspart, falls die Geschwister noch unmündig sind, vgl. Cosack-Mitteis Sachenrecht S. 85.

[105]) Auch der V.-Empfänger wird in Mitleidenschaft gezogen; er kann die Post nicht erwerben, da sie auf den Namen eines Nichtgläubigers eingetragen ist.

[106]) Oft wird der Fall genannt, daß zugunsten einer Sparkasse eine Hypothek begründet werden soll und diese sie ausschlägt; vgl. zuerst Böhler Bad. Rechtspraxis 08 S. 213.

[107]) Siber Verfügungsgeschäfte S 39. Gegen diesen Grundsatz übrigens Jung Problem des natürlichen Rechts S. 175.

dem Dritten zugedachten Forderung für berechtigter erklärt als das nach ihrer unmittelbaren Erfüllung[108].

Widersinnig aber wäre es, dort ein Bedürfnis anzuerkennen, wo ihm durch eine andere Rechtsform bereits genügt ist; die Forderung, daß mir das Gesetz zwei verschiedene Möglichkeiten mit gleicher wirtschaftlicher Auswirkung zur Verfügung stelle, ist unberechtigt. Nun mag es allerdings in den einzelnen Fällen, in denen ein dinglicher Vertrag zu Rechten Dritter gewollt und vorgenommen ist, unbillig erscheinen, das Geschäft für nichtig zu erklären. Doch ist diese vermeintliche Härte durch die grundsätzlichen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts vermieden. Es geht in solchem Einzelfall zwar nicht mehr um die Frage des Bedürfnisses; immerhin soll um einiger verfehlten Entscheidungen willen noch kurz auf die Hilfen aufmerksam gemacht werden, die mir das Gesetz bei vernünftiger Auslegung darbietet.

Die Vorschrift des § 139 BGB. steht solcher Auslegung jedenfalls nicht im Wege[109]. Veräußere ich mein Haus unter Vereinbarung eines Wohnungsrechts zugunsten meines Bruders, so folgt aus der Unwirksamkeit dieser Abrede niemals die der Einigung über den Eigentumsübergang. Ich kann meinen Bruder ja zur Mitwirkung veranlassen; oder er mag die Einigung über die Dienstbarkeit mit meinem Vertragsgegner wiederholen. Endlich kann der Teilabrede auch durch Umwandlung in ein Vertretungsgeschäft zur Gültigkeit verholfen werden (§ 140 BGB.)[110]. Das Handeln als Vertreter läßt sich begrifflich wohl damit vereinbaren, daß der Vertrag im übrigen unter Selbstverpflichtung und Selbstberechtigung geschlossen wird[111]. Da sich der Tatbestand im Vertreter verwirklicht"[112] und § 140 BGB. auf das wirtschaftliche Ergebnis abstellt[113], ist auch nichts dagegen einzuwenden, daß aus der selbständigen Beteiligung

---

108) Siber Verfügungsgeschäfte S. 49.

109) Trotz Rosenberg DJZ 1912 S. 546. Die Regel des § 139 wäre in umgekehrter Formung vorzuziehen; besser daher a 20/II Schweiz. OR.

110) Das Geschäft kann aufrecht erhalten werden als Geschäft „anderer Wirkung oder anderen Inhalts", Enneccerus § 189 V Anm. 25.

111) Vgl. Anm. 32.

112) v. Tuhr II, 2 S. 337.

113) Das bei den zur Frage stehenden Rechtsformen annähernd gleich zu nennen ist, vgl. den ersten Abschnitt meiner Untersuchung. Es geht um die „wahre Sachlage" und den übereinstimmenden Willen der Parteien O. Fischer Konversion S. 18; Manigk Arch. für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 8 S. 530; der „tatsächliche Inhalt" muß wiederkehren, Michaelis Gruchots Beitr. 59 S. 567; gegen diesen Ausdruck allerdings aus Gründen der Klarheit Manigk a. a. O. S. 532.

Kurz erwähnt wird die Möglichkeit der Konversion in unserm Falle von Siber Verfügungsgesch. S. 34 und von Kluckhohn Verfügungen S. 199.

am Vertrage durch die Umwandlung eine unselbständige Mittlerschaft wird[114] [115]).

Schließlich wird die Rechtsunwirksamkeit der Abrede auch durch die erneute Vornahme der Einigung — nun zwischen Verfügenden und Dritten — behoben. Nicht um eine Betätigung im Sinne des § 141 BGB. handelt es sich hier. Freilich ist diese ebenfalls nichts anderes als eine erneute Vornahme, und der ihr vom Gesetz gegebene Name nicht zutreffend[116]). Unser soweit ich sehe, noch nicht entschiedener Sonderfall wird vielmehr deshalb nicht von § 141 erfaßt, weil nicht die eigentlichen Vertragsparteien sondern nur eine von ihnen und der Dritte — allerdings mittelbar Beteiligte — die Einigung erneuen. Immerhin ist bei der ähnlichen Sachlage zu befürchten, daß das Reichsgericht einen solchen Fall rechtlich ebenso behandeln wird wie die eigentlichen Fälle der „Bestätigung". Zur Behebung der Unwirksamkeit des dinglichen Vertrages über das Wohnungsrecht genügt die in seiner Ausübung erkennbare Willenserklärung des Dritten; die des Verfügenden ist in der Eintragsbewilligung enthalten[117]). Die Kenntnis der Unwirksamkeit darf nicht zur Bedingung ihrer Heilung gemacht werden — das ist nach meinem Dafürhalten eine offensichtliche Forderung des Rechtslebens. Sollten die Beteiligten trotz ihres gegenseitigen guten Willens plötzlich vor die Tatsache der Nichtigkeit ihrer Vereinbarung gestellt werden? Soll ich Rechtskenntnisse von ihnen verlangen? Darf ich der unbewußten Anerkennung einer Rechtspflicht nicht mehr Vertrauen schenken? Scharf ist die Auffassung des Reichsgerichts zurückzuweisen[118]), die es jüngst wieder

[114]) Sonst käme man auch mit der Auslegung gemäß § 133 BGB. aus; vgl. Manigk Arch f. R. u. W.-Phil. 8 S. 530: „Konstruktion ist nicht Konversion."

[115]) Oft wird auch folgender Fall zum Beweis des Bedürfnisses herangezogen: der Eigentümer eines parzellierten Grundstücks will beim Verkauf den Erwerbern weiterer Parzellen zuliebe Grunddienstbarkeiten ausbedingen; er braucht sie hier nur sich selbst für die restlichen Parzellen zu bestellen: vgl. RG. Recht 10 Nr. 3172 (genauer bei Seuff. Arch. 67 S. 311); Siber Verfügungsgesch. S. 37 gegen Rosenberg DJZ 1912 S. 544. Die von Rosenberg Komm. S. 32 genannten Entsch. des RG. (Recht 14 Nr. 1840 u. JW. 1916 S. 740, 6) haben nichts mit einem V. z. Dr. zu tun.

[116]) Vgl. bes. Enneccerus I, 1 § 189 I, 3.

[117]) RG. 89 S. 32. Eine von der Bestätigung zu scheidende Erfüllungshandlung i. S. Oertmanns (§ 125, 4) liegt in unserem Falle nicht vor; als solche wäre z. B. die nachträglich erfolgende Eintragung als Erfüllung und Wirksamkeitsbedingung der Einigung zu betrachten.

[118]) RG. 68, 401; 93, 228; 104, 54; JW. 1924 S. 404; ebenso OLG 6, 34.

zum Ausdruck gebracht hat[119]), daß die gültige Erneuerung des Vertrages von der Kenntnis wenigstens der Möglichkeit seiner Rechtsunwirksamkeit abhänge. Es ist sicher richtig, daß eine solche Kenntnis „begrifflich zum Stet- und Festmachen eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts" gehört[120]). Dabei ist nur übersehen, daß es sich hier strenggenommen garnicht um „Bestätigung" handelt. Sprachlich hat das RG. bei der Auslegung dieses Begriffes recht; bestätige ich etwas, so beseitige ich Zweifel darüber. Eine erneute Vornahme — und als solche ist die sogenannte Bestätigung anzusehen — hat jedoch insofern nichts mit der früheren gemein, sie mag ergänzend wirken, aber eines besonderen Bestätigungswillens bedarf es dabei nicht[121]).

Mit den besprochenen Möglichkeiten ist auch der billigen Behandlung des Einzelfalles Genüge getan.

---

[119]) JW. 1928 S. 54 f., 4. Diese E. handelt zwar von der Genehmigung. Das RG. hat jedoch für Genehmigung und Bestätigung stets gleiche Grundsätze aufgestellt; vgl. Endemann Anm. zu JW. 28 S. 55. Daß die Bestätigung der dinglichen Rückwirkung ermangelt, ist eine andere Frage.

[120]) Endemann JW. 1928 S. 55, ebenso v. Tuhr II, 1 S. 293 Anm. 86, nach dem Bestätigungshandlungen bei vermeintlicher Gültigkeit nur eine „Anerkennung" bedeuten, die beseitigt werden kann; Hölder § 141, 2; Oertmann § 141, 3e; Planck-Flad § 141, 1; Lehmann Grundriß S. 121; dagegen richtig Staud.-Riezler § 141, 5; Manigk JW. 1924 S. 405: „Es muß genügen, wenn die Parteien den Vertrag ausführen wollen."

[121]) Hierzu vgl. § 1324/II BGB., der ausdrücklich die Heilung durch Erfüllungshandlungen ohne Kenntnis des Nichtigkeitsgrundes zuläßt.

Lebenslauf.

Ich bin am 23. März 1906 zu Bad Homburg vor der Höhe als Sohn des Gymnasialprofessors Dr. phil. Ernst Eckhardt geboren. Von Ostern 1915 ab besuchte ich das humanistische Gymnasium meiner Vaterstadt, wo ich im Frühjahr 1924 die Reifeprüfung ablegte. Im Sommerhalbjahr 1924 ließ ich mich als Student der Rechte in Marburg einschreiben. Hier blieb ich drei Semester; ein weiteres verbrachte ich an der Universität Frankfurt. Ostern 1926 wurde ich an der Christian-Albrechtsuniversität zu Kiel immatrikuliert, die ich bis zur Ablegung der ersten Staatsprüfung besuchte. Diese bestand ich am 1. Juli 1927 am Oberlandesgericht Kiel. Am 25. August 1927 wurde ich zum Referendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Frankfurt a. M. ernannt.

Gehört habe ich bei den Herren Prof. und Dozenten der Rechtswissenschaft: André, von Beseler, de Boor, Burchardt, Woldemar Engelmann, Enneccerus, Freudenthal, Gerber, Husserl, Walter Jellinek, Jung, Klausing, Lange, Franz Leonhard, Merk, Niemeyer, Opet, Pappenheim, Rühland, Eberhard Schmidt, Schönborn, Wedemeyer, Weyl.
